

Recueil Dalloz 2007 p. 2427

Procédure civile

octobre 2006 - juillet 2007





Natalie Fricero, Professeure à la Faculté de droit de Nice, Directrice de l'Institut d'études judiciaires

L'essentiel

L'analyse de la jurisprudence des six premiers mois de l'année 2007 permet de vérifier le renforcement des droits fondamentaux du justiciable, issus du procès équitable. Les dispositions du nouveau code de procédure civile sont interprétées à travers le prisme de l'effectivité, qu'il s'agisse de garantir l'accès au juge, le contradictoire ou l'égalité des armes. Le premier semestre 2007 correspond également à la période de mise en place de la nouvelle mise en état devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel. Celle-ci a nécessité de redéfinir le contour des anciennes notions du code, telles que l'exception de procédure, le sursis à statuer, l'incident d'instance, et les difficultés ne sont pas toutes résolues !

I - Le renforcement des droits processuels fondamentaux

A - L'accès au juge et l'aide juridictionnelle




L'article 38 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 (D. 1992. Lég. 15) règle l'épineuse question de l'effet interruptif de la prescription d'une demande d'aide juridictionnelle pour les actions devant les juridictions du premier degré. L'action est réputée avoir été intentée dans le délai, si la demande d'aide juridictionnelle est adressée dans ce délai au bureau d'aide juridictionnelle, et si la demande en justice est introduite dans un nouveau délai de même durée, dont les points de départ ont été modifiés par le **décret n° 2007-1142 du 26 juillet 2007** (à compter de la notification de la décision d'admission provisoire, ou de la notification de la décision constatant la caducité de la demande, laquelle résulte du défaut de production des pièces nécessaires dans le délai fixé par le bureau en vertu de l'article 42 nouveau, ou à compter de la date à laquelle la décision d'admission ou de rejet est devenue définitive, ou enfin en cas d'admission, de la date, si elle est plus tardive, à laquelle l'auxiliaire de justice a été désigné). Si le bureau saisi se déclare incompétent et renvoie le dossier au bureau compétent, on peut admettre que cette décision d'incompétence n'a pas mis fin à la procédure, et qu'elle ne fait pas courir le délai pour introduire la demande en justice (Civ. 2e, 15 févr. 2007, D. 2007. AJ. 735 ). Cette solution est cohérente : la citation devant un juge incompétent interrompt la prescription (art. 2246 c. civ.), et il n'y a pas de raison que la demande formée devant un bureau d'aide juridictionnelle incompétent ne produise pas le même effet. L'effet interruptif de la prescription assure la sécurité juridique et garantit le droit d'accès au juge au profit du demandeur d'aide juridictionnelle (c'est à propos de l'effet interruptif de la prescription que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a réaffirmé son pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence, refusant de les appliquer aux instances en cours si cela aboutit à priver le plaideur de son droit d'accès au juge, Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, D. 2005. Jur. 835, note P. Morvan  ; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier  ; *ibid.* 168, obs. P. Théry  ; JCP 2007. II. 10111, note X. Lagarde).

Le décret du 26 juillet 2007 apporte des modifications à la procédure d'aide juridictionnelle. Pour accélérer l'instruction des demandes, le bureau ou la section peut enjoindre au requérant de fournir tout document mentionné à l'article 34 ou tout renseignement, dans un délai qu'il

fixe et qui ne peut excéder deux mois à compter de la réception de la demande. A défaut de production dans ce délai, la demande est caduque, et la décision qui constate cette caducité n'est susceptible d'aucun recours (art. 42 modifié Décr. 1991). Afin d'informer rapidement le requérant, copie de la décision est notifiée à l'intéressé par le secrétaire du bureau par lettre simple en cas d'admission à l'aide juridictionnelle totale, et au moyen de tout autre dispositif permettant d'attester la date de réception dans les autres cas. En cas de refus, d'octroi partiel ou de retrait de l'aide juridictionnelle, la notification doit indiquer les modalités d'exercice du recours ouvert (art. 50 Décr. 1991). Si un auxiliaire de justice est désigné dans la demande d'aide juridictionnelle ou a accepté de prêter son concours, une copie de la décision de rejet lui est adressée sans délai par le secrétaire du bureau (art. 51 Décr. 1991). Les recours sont aménagés. Les décisions des bureaux établis auprès des tribunaux de grande instance (ou des sections, ou du président) statuant sur les demandes portées ou susceptibles d'être portées devant les juridictions de première instance de l'ordre judiciaire, la cour d'assises ou la cour d'appel, sont déférées au premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le bureau est institué (art. 57 Décr. 1991). Les décisions concernant l'aide juridictionnelle relatives aux affaires administratives (sauf pour le conseil d'Etat) sont déférées au président de la cour administrative d'appel dans le ressort de laquelle la section est constituée. Il est statué par voie d'ordonnance (art. 60 Décr. 1991). La compétence du premier président est étendue au recours formé en matière d'aide à l'intervention de l'avocat en matière pénale et disciplinaire (art. 132-15 Décr. 1991 et 64-1 loi 1991). Le décret de 2007 précise la rétribution de l'avocat assistant une personne détenue faisant l'objet d'une mesure d'isolement (art. 15 s. décr).

## B - Le contradictoire

### 1 - La communication des pièces en appel

La communication des pièces en appel doit ménager, à la fois, le contradictoire et les intérêts du bon fonctionnement de la procédure. Aussi n'est-il pas nécessaire de communiquer une nouvelle fois des pièces déjà régulièrement versées au débat en première instance (art. 132, al. 2 NCPC). Mais l'une des parties peut souhaiter développer de nouveaux moyens en prenant appui sur ces pièces et elle peut alors en demander la communication : la Cour de cassation décide que le juge d'appel ne peut pas la refuser « *s'il entend fonder sa décision sur ces pièces* » (Civ. 1re, 30 oct. 2006, Procédures 2007, Comm. n° 30, obs. R. Perrot). On retrouve ici le souci d'imposer au juge une certaine loyauté procédurale dans le respect des droits de la défense, qui conduit la Cour de cassation à imposer au juge d'inviter les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier des pièces figurant dans le bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions et dont la communication n'a pas été contestée (**Civ. 3e, 6 juin 2007, n° 06-13.996**, D. 2007. AJ. 1794 ; déjà, Civ. 2e, 11 janv. 2006, D. 2006. Jur. 1149, note N. Fricero  ; AJDI 2006. 482, obs. de La Vaissière  ; RTD civ. 2006. 374, obs. R. Perrot ).

Les avoués rencontrent des difficultés dans la mise en oeuvre de l'article 954 du nouveau code de procédure civile (*36e Journées d'Etude des Avoués*, Nancy, 6 et 7 juill. 2007). Les conclusions d'appel comprennent « l'indication des pièces invoquées » et « un bordereau récapitulatif leur est annexé » (art. 954 NCPC) ; elles sont signées par l'avoué et notifiées en la forme des notifications entre avoués (art. 961 NCPC). Si, en cours d'instance, d'autres pièces paraissent devoir être communiquées, pour appuyer les moyens déjà développés et sans nécessiter de nouvelles conclusions, la lettre de l'article 954 impose de procéder une nouvelle fois à la signification des conclusions, comportant en annexe le bordereau modifié. Ne serait-il pas plus simple d'obliger dans ce cas à la notification et au dépôt du seul bordereau de pièces récapitulatif ? Cette pratique ne concernerait pas l'hypothèse dans laquelle de nouvelles conclusions sont prises relativement à ces pièces, le contradictoire imposant une nouvelle signification.

### 2 - La note en délibéré

Le juge peut exceptionnellement autoriser le dépôt d'une note en délibéré (art. 445 NCPC) : dans ce cas, la partie intéressée peut l'accompagner de pièces justifiant ce qu'elle énonce, à condition que l'adversaire soit en mesure d'en débattre contradictoirement (**Soc. 23 mai 2007, n° 05-42.401**, D. 2007. AJ. 1667). Mais le juge n'est pas tenu de mentionner

expressément la note en délibéré dans son jugement : dès lors qu'il résulte des pièces de la procédure que la note en délibéré est parvenue au greffe après l'audience des débats et que le jugement a été rendu postérieurement, cela démontre que la pièce est bien parvenue au juge dans le cours du délibéré, et n'établit pas que ce délibéré aurait été clos dès avant l'arrivée de la note (Civ. 1re, 27 févr. 2007, JCP 2007. IV. 1709).

### 3 - L'extension du domaine du contradictoire

La Cour de cassation se montre rigoureuse avec le respect du contradictoire. Même lorsque le juge chargé du contrôle des expertises statue sur un relevé de caducité de la désignation de l'expert pour défaut de consignation de la provision dans les délais fixés, à la demande de l'une des parties se prévalant d'un motif légitime (art. 271 NCPC), il doit respecter l'article 16 du nouveau code de procédure civile et provoquer les observations de l'autre partie (Civ. 2e, 8 févr. 2007, D. 2007. AJ. 665 ; AJDI 2007. 399, obs. H. Heugas-Darraspen).

Le juge doit veiller au respect de la contradiction, surtout si le défendeur ne comparait pas. Un tribunal d'instance viole l'article 14 du nouveau code de procédure civile s'il accueille une demande alors que le défendeur n'ayant pas comparu, et ayant obtenu le renvoi à une deuxième audience, à laquelle il ne comparait toujours pas, le dossier démontre que le greffe n'a pas avisé ce défendeur de la date de l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée, conformément à l'article 841 du nouveau code de procédure civile (Civ. 2e, 8 févr. 2007, D. 2007. AJ. 806 ; AJDI 2007. 324 ; V. déjà, Civ. 2e, 14 mars 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. Pan. 223, obs. S. Guinchard ; RTD civ. 1984. 564, obs. R. Perrot). L'information de la partie citée à comparaître est un élément fondamental de la procédure, garantit un accès concret au juge et permet l'exercice de la défense dans le respect de l'égalité des armes : il est logique que le greffe de la juridiction soit soumis à des exigences strictes. A cet égard, le décret du 28 décembre 2005 a modifié l'article 665-1 du nouveau code de procédure civile pour préciser le contenu des notifications faites par le greffe : le défendeur doit être notamment avisé qu'il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui même s'il ne comparait pas, de la date de l'audience ainsi que des conditions dans lesquelles il peut se faire assister ou représenter.

L'exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens peut prendre la forme d'un simple visa des conclusions des parties, avec l'indication de leur date (art. 455 NCPC). Cette dernière mention est essentielle, puisque le juge n'est tenu de répondre qu'aux dernières conclusions récapitulatives devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel (art. 753 et 954 NCPC). Si le visa du jugement se réfère à la date d'écritures qui ne sont pas chronologiquement les dernières, et si la motivation ne permet pas de vérifier que le juge a bien statué sur les dernières conclusions, le jugement doit être annulé, sans qu'il soit possible de considérer qu'il s'agit là d'une erreur matérielle susceptible de rectification selon les dispositions de l'article 462 du nouveau code de procédure civile (**Cass., ch. mixte, 6 avr. 2007, n° 05-16.375**, D. 2007. AJ. 1279 ; JCP 2007. II. 10102, note E. Putman). Le non-respect par le juge de son *obligation substantielle d'instaurer un débat contradictoire* (art. 16 NCPC) ne saurait être corrigé par le biais d'une qualification d'erreur matérielle. En revanche, il est possible que les motifs et le dispositif du jugement démontrent que toutes les prétentions et moyens exposés dans les dernières conclusions ont été « entendus » au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire ont été soumis à un débat contradictoire : en ce cas, l'erreur de datation des dernières conclusions pourrait être corrigée.

### C - L'égalité des armes

#### 1 - La portée de l'écrit dans les procédures orales

La Chambre sociale (**Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.351**, D. 2007. AJ. 1007, obs. P. Guiomard ; RDT 2007. 335, obs. D. Boulmier ; Dr. et proc., sept. 2007, obs. N. Fricero) a jugé, au visa des articles 6, § 1, de la Convention européenne, 401 du nouveau code de procédure civile et R. 516-1 du code du travail, que « *lorsqu'un appel incident est formulé par écrit déposé ou adressé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'exigence d'un procès équitable impose, au regard du principe d'unicité de l'instance prud'homale, que le désistement soit accepté par l'auteur de l'appel incident* ». Dans le cadre des procédures

orales, la portée de l'écrit peut être résumé ainsi : pour saisir le juge d'une prétention, il est impératif de formuler ses moyens verbalement à l'audience, soit en personne, soit par mandataire habilité, l'écrit, même notifié et déposé au greffe avant l'audience, étant inopérant. En revanche, un acte écrit, contenant un appel incident, ou une demande incidente, produit immédiatement ses effets purement procéduraux, indépendamment de la présence en personne de son auteur à l'audience. Ainsi, le désistement formé par écrit avant l'audience est parfait et produit immédiatement son effet extinctif (Civ. 2e, 12 oct. 2006, D. 2006. IR. 2808, et 2007, Chron. C. cass. 889, V. Vigneau <sup>1</sup> ; AJDI 2006. 935 <sup>2</sup>) ; de même, la formulation par écrit avant l'audience, d'une demande incidente, ou d'un appel incident, empêche le désistement verbal présenté à l'audience par le demandeur de produire ses effets de manière unilatérale (l'acceptation du défendeur, requise par l'art. 401 NCPC doit être exigée). La Chambre sociale fonde cette solution sur le procès équitable combiné avec l'unicité de l'instance : refuser de prendre en compte l'écrit antérieur à l'audience aurait pour conséquence directe l'impossibilité définitive pour l'intéressé d'obtenir une réponse du juge. Dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait d'étendre cette solution à toutes les procédures orales et poser un principe général selon lequel tout acte de procédure notifié et déposé au greffe de la juridiction produit immédiatement ses effets procéduraux (interruption de la péremption, désistement...). En revanche, pour saisir le juge et obtenir qu'il statue sur le bien-fondé d'une prétention, l'oralité suppose une présentation verbale, par l'intéressé ou son mandataire (Soc. 14 mars 2007, D. 2007. AJ. 1018, obs. A. Moulinier <sup>3</sup>).

## 2 - La signification, facteur de l'égalité des armes

La Cour européenne des droits de l'homme considère que le principe d'égalité des armes, élément du procès équitable, vise l'ensemble du droit procédural et s'applique « également au domaine particulier qu'est la signification et la notification des actes judiciaires » (*Milhopa c/ Lettonie*, 31 mai 2007, § 19). Cette intégration dans le procès équitable devrait entraîner des modifications législatives, consistant à donner aux huissiers de justice les moyens de lever les obstacles matériels à une signification à personne effective (*XXVIIIe Congrès national des Huissiers de justice*, Pau, 27-29 juin 2007, EJT, coll. Passerelle, livre 2, p. 15 s.). Ainsi, la possibilité d'interroger des tiers pour connaître l'adresse du destinataire sans que puisse être opposé le secret professionnel, l'obtention d'un passe PTT ou des numéros de digicode permettant d'accéder à l'immeuble où est domicilié le destinataire devraient être accordés (le cavalier introduit en ce sens dans la loi sur la protection juridique des majeurs a été censuré par le Conseil constitutionnel, Décis. n° 2007-552 DC, 1er mars 2007). Des réformes ont déjà été réalisées. Le décret n° 2007-813 du 11 mai 2007 étend à compter du 1er janvier 2009, la compétence territoriale des huissiers de justice au ressort du tribunal de grande instance du lieu de leur résidence. Depuis le 1er janvier 2007, lorsque l'huissier de justice dépose l'acte en son étude, « la signification est faite à domicile », même si c'est le destinataire en personne qui vient retirer l'acte dans les trois mois (nouvel art. 656 NCPC, modifié par Décr. 23 déc. 2006). La qualification de la signification est ainsi définitivement fixée dès le début de la procédure, pour gagner en sécurité juridique !

## D - La concentration des moyens, nouveau principe fondamental ?

**L'obligation procédurale de concentration des moyens dès la première instance**, dont l'inobservation est sanctionnée par l'irrecevabilité de toute autre demande portant sur les mêmes faits, posée par l'assemblée plénière le 7 juillet 2006, est reprise par la première Chambre civile (16 janv. 2007, n° 05-21.571) et la Chambre commerciale (20 févr. 2007, Procédures 2007, Comm. n° 128, obs. R. Perrot, à propos d'un débiteur qui s'était borné à contester le principe même de son obligation, et non l'évaluation de la créance). La jurisprudence est donc établie : la cause, élément de détermination de l'autorité de la chose jugée au sens de l'article 1351 du code civil, englobe les moyens de fait existants lors de la première instance, à l'exclusion des moyens de droit. En conséquence, une seconde demande n'est recevable qu'en présence de faits nouveaux survenus depuis le premier jugement. Il n'est plus possible alors de reprocher au demandeur une quelconque défaillance processuelle. La troisième Chambre civile a considéré que l'autorité de la chose jugée ne peut pas être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice (**Civ. 3e, 25 avr. 2007, n° 06-10.662**, D. 2007. AJ. 1344 ; AJDI 2007.

590 ; AJDA 2007. 1374 ; à propos de la survenance d'une décision d'un juge administratif annulant l'arrêté préfectoral ayant approuvé l'occupation des sols, postérieurement à un arrêt d'une cour d'appel, qui rend recevable une deuxième instance). Pour éviter d'engager leur responsabilité professionnelle, les praticiens ont tout intérêt à proposer au juge toutes les qualifications et moyens pertinents dès la première instance. L'instance d'appel éventuelle autorise encore l'allégation des moyens omis au premier degré (art. 563 NCPC), du moins tant que l'appel sera considéré comme une voie d'achèvement du litige.

#### E - Le droit à l'exercice d'un recours

La volonté du législateur de favoriser les solutions alternatives aux conflits confère une nouvelle portée à la transaction. L'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile prévoit que le président du tribunal de grande instance saisi sur requête par une partie à la transaction, confère à l'acte la force exécutoire, ce qui autorise le recours à des procédures d'exécution forcée contre le débiteur. L'absence de définition du régime procédural de ce processus a engendré d'importantes difficultés de mise en oeuvre. Elles concernent les pouvoirs du président : la Cour d'appel de Versailles (18 juin 2003, D. 2004. Jur. 1332, note A. Merveille et R. Thominet) considère que l'ordonnance n'est pas un simple visa mais suppose un contrôle minimum, au moins sur la nature de la convention et sa conformité apparente avec l'ordre public ; la Cour de cassation (Civ. 1re, 16 mai 2006, Bull. civ. I, n° 243 ; RTD civ. 2007, p. obs. R. Perrot) admet que le président du tribunal de grande instance peut homologuer une transaction élaborée sous l'égide d'un avocat, ceci lui conférant judiciairement un caractère authentique. S'agissant des recours, la deuxième Chambre civile (Civ. 2e, 24 mai 2007, n° 06-11.259, D. 2007. AJ. 1667 ; JCP 2007. IV. 46) considère que les dispositions de l'article 496 du nouveau code de procédure civile s'appliquent à la décision du président : un appel peut être formé s'il n'est pas fait droit à la requête, et une rétractation en la forme des référés s'il y est fait droit. Cette décision met fin à des interrogations relatives au régime procédural de la décision d'homologation. Elle se justifie par la référence expresse faite par l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile à la « requête » formée par la partie. Mais la question se pose à nouveau pour ce qui est de l'homologation par le juge de l'accord de médiation (art. 131-12 NCPC) qui « relève de la matière gracieuse » : faut-il en conclure que l'appel est ouvert (art. 543 NCPC), y compris au tiers auxquels la décision d'homologation est notifiée (art. 546, al. 2, NCPC) ? S'agissant de l'homologation par le juge d'instance d'un constat d'accord résultant d'une conciliation, aucune disposition n'est prévue par le décret du 20 mars 1978 (art. 9, al. 3) : en l'absence de référence à la procédure sur requête, ou à la matière gracieuse, les hésitations sont permises. Dans un objectif de sécurité juridique, de lisibilité, il serait opportun que le législateur établisse un régime procédural harmonisé pour les hypothèses d'homologation des accords.

#### F - Un régime procédural des nullités de procédure plus cohérent

La Cour de cassation confirme sa jurisprudence restrictive quant à la mise en oeuvre de la nullité en procédure. Un arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 2007 (D. 2007. AJ. 950, obs. P. Guiomard ; RTD civ. 2007. 308, obs. J. Hauser) se rallie à la position dominante des chambres de la Cour de cassation, en décidant que l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II, qui interdit aux fonctionnaires publics, comme les huissiers du Trésor, de désigner les citoyens dans les actes autrement que par le nom de famille et les prénoms portés en l'acte de naissance, n'est pas prescrite à peine de nullité de ces actes. Si on peut comprendre le souci d'écarter les manoeuvres dilatoires dans les poursuites fiscales à l'encontre des femmes mariées, on regrettera le caractère général de cette règle jurisprudentielle (en l'espèce, la femme était désignée sous les mon et prénom de son mari). L'affirmation d'un principe de nullité eut conduit au même résultat, puisqu'il s'agissait d'un vice de forme, et que l'absence de grief suffisait à en écarter la mise en oeuvre ! Poser le principe d'une possibilité de nullité aurait eu le mérite de contraindre les fonctionnaires publics à respecter le droit au nom des femmes mariées, par ailleurs proclamé par l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et intégré dans le droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Chambre commerciale (Com. 24 avr. 2007, n° 06-10.273, D. 2007. AJ. 1267, obs. A.



Lienhard ; JCP 2007. II. 10122, note I. Pétel-Teyssié) voit, dans le recours à une notification, alors que la loi prévoit la signification par huissier de justice de la convocation à comparaître, un vice de forme : l'annulation de l'acte suppose donc la preuve d'un grief, en l'espèce non rapportée. Cette solution ne garantit pas pleinement le droit du défendeur d'être informé avec toutes les garanties qu'offre l'acte d'huissier de justice, mais elle est conforme à la position prise par la Chambre mixte le 7 juillet 2006 : dans la mesure où la liste des cas de nullité pour vice de fond est limitative, toute irrégularité procédurale non comprise dans le dispositif de l'article 117 du nouveau code de procédure civile est soumise au régime des vices de forme. Cette logique procédurale a au moins le mérite de la clarté.

S'agissant de la nullité des décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction, l'article 175 du nouveau code de procédure civile renvoie aux dispositions régissant la nullité des actes de procédure (art. 112 s. NCPC), sans préciser la forme que peut prendre la demande. Lorsqu'une expertise a été ordonnée sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, avant tout procès, la deuxième Chambre civile rappelle qu'une demande principale en nullité du rapport d'expertise est irrecevable (Civ. 2e, 3 mai 2007, D. 2007. AJ. 1511 ; JCP 2007. IV. 2129 ; 2 déc. 2004, D. 2005. Pan. 336, obs. P. Julien et N. Fricero) et que cette irrecevabilité est d'ordre public, le juge devant la relever d'office (art. 125 NCPC). Le prononcé de la nullité suppose que la partie intéressée engage un procès au fond et qu'elle soulève la nullité des mesures d'instruction conformément au dispositif de droit commun (en cas de vice de forme, l'exception doit être soulevée *in limine litis* et être accompagnée de la preuve d'un grief).

## II - Une nouvelle ère pour la mise en état

L'intégration des critères de qualité dans le fonctionnement du procès civil a conduit le législateur à modifier sensiblement la physionomie de la mise en état. Le juge de la mise en état a reçu des pouvoirs accrus, afin de trancher, avec autorité de la chose jugée, les questions étrangères au fond de l'affaire (exceptions de procédure, incidents d'instance...). Corrélativement, les parties sont soumises à de nouvelles charges processuelles. Ainsi, elles ne sont plus recevables à soulever les exceptions de procédure et incidents mettant fin à l'instance après le dessaisissement du juge de la mise en état (art. 771 NCPC). Cette sanction très rigoureuse a immédiatement donné lieu à des questionnements relatifs aux notions d'exception de procédure et d'incident mettant fin à l'instance, ainsi qu'à leur contenu respectif.



### A - Une définition plus précise des notions procédurales

#### 1 - L'exception de procédure

D'après l'article 73 du nouveau code de procédure civile, il s'agit de tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours. Cette acception très extensive génère des incertitudes. Par exemple, dès lors qu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige, porté devant la juridiction où il exerce ses fonctions, la garantie d'impartialité objective du tribunal impose une possibilité de « délocalisation » : l'article 47 organise un renvoi devant une juridiction limitrophe. La Cour de cassation a eu l'occasion de répéter que ce renvoi est un instrument procédural original qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence (Civ. 2e, 13 févr. 2003, Bull. civ. II, n° 37 ; D. 2003. IR. 737) : il peut être soulevé en tout état de cause, il est de droit, et lorsque le juge le prononce, l'adversaire est irrecevable à former un contredit, recours réservé aux décisions statuant sur une exception d'incompétence (Limoges, 11 déc. 2006, D. 2007. AJ. 315 ; Gaz. Pal., 28-30 janv. 2007, p. 15, note H. Vray).

L'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue une défense au fond, ou plus exactement un moyen au service d'une défense au fond, non une exception de procédure (Civ. 1re, 26 oct. 2006, n° 05-21.282, D. 2007. Jur. 192, note D. Cholet) : il n'a donc pas à être soulevé *in limine litis* et échappe à la compétence exclusive du juge de la mise en état.

## 2 - L'incident mettant fin à l'instance


Dans un avis du 13 novembre 2006 (D. 2006. IR. 2949, et 2007. Pan. 1380, obs. P. Julien  ; RTD civ. 2007. 177, obs. R. Perrot  ; JCP 2007. II. 10027, note O. Salati), la Cour de cassation décide que les incidents mettant fin à l'instance au sens de l'article 771 du nouveau code de procédure civile « sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du nouveau code de procédure civile et n'incluent pas les fins de non-recevoir » (en l'espèce, une prescription). Cette position semble définitivement mettre fin aux incertitudes. Est-elle opportune ? L'évolution législative a consisté à donner au juge de la mise en état tout pouvoir de trancher, avec autorité de la chose jugée, les événements de nature procédurale, qui n'impliquent aucun débat au fond, afin de permettre au juge de statuer sur une affaire dégagée de toute discussion étrangère au fond. Les fins de non-recevoir, qui tendent à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande « sans examen au fond » (art. 122 NCPC) ne pouvaient-elles pas entrer dans le champ de compétence du juge de la mise en état ? L'exemple du conseiller de la mise en état devant la cour d'appel, qui statue sur l'irrecevabilité de l'appel (art. 911 NCPC), pouvait y inciter. La Cour de cassation a sans doute considéré que la rigueur de la sanction prévue par l'article 771 du nouveau code de procédure civile, à savoir l'irrecevabilité de l'incident qui n'a pas été soulevé avant le dessaisissement du juge de la mise en état, devait conduire à une interprétation stricte de son domaine. Une faveur pour les parties, dont les obligations procédurales ne cessent de croître...

Le débat renaît avec la qualification du sursis à statuer. Doit-on le considérer comme un incident d'instance (il est effectivement prévu au Titre XI, les incidents d'instance, chap. 3, la suspension de l'instance, section 1, le sursis à statuer) : dans cette hypothèse, comme il ne met pas fin à l'instance, le juge de la mise en état n'est pas compétent au sens de l'article 771 du nouveau code de procédure civile ? Doit-on au contraire l'assimiler à une exception de procédure, plus précisément à une exception dilatoire au sens de l'article 108 du nouveau code de procédure civile, le juge devant suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit de « quelque autre délai d'attente en vertu de la loi » : dans cette hypothèse, le juge de la mise en état retrouve une compétence exclusive et les parties sont tenues de soulever le moyen devant lui à peine d'irrecevabilité ultérieure (art. 771 NCPC) ? Une distinction pourrait utilement être faite. Si le sursis à statuer est prévu par la loi de manière impérative, sans que le juge dispose d'un pouvoir d'apprécier l'opportunité de son prononcé, il est logique de l'assimiler à une exception dilatoire (Aix-en-Provence, 21 sept. 2006, ordonn. Conseiller mise en état n° 2006/106, *Sté Suravenir* ; Nîmes, 27 juin 2006, ordonn. Conseiller mise en état, RG n° 05/02835, *Sté Technicouleurs*) et de conférer au juge de la mise en état une compétence exclusive (par ex., selon l'art. 4, al. 1er, nouv. c. pr. pén., lorsqu'une action civile est exercée pour obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction qui fait l'objet d'une poursuite pénale, le sursis à statuer s'impose au juge civil tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur l'action publique). Au contraire, lorsque le sursis est facultatif, il oblige le juge à analyser les incidences de l'événement sur le jugement de l'affaire au fond avant de se prononcer (par ex., l'art. 4, al. 2, c. pr. pén. prévoit depuis la loi du 5 mars 2007 que la mise en mouvement d'une action publique n'impose pas la suspension du jugement concernant l'action exercée devant la juridiction civile, même si la décision pénale est susceptible d'exercer une influence sur la solution du procès civil) : dans ce cas, le sursis pourrait conserver sa nature d'incident ne mettant pas fin à l'instance (Nîmes, 23 mai 2006, RG n° 5/03467, *Sté Colas Midi Méditerranée*), et échapperait ainsi à la compétence exclusive du juge de la mise en état. Cette dualité de régime soulève bien des questions : n'est-il pas paradoxal que, lorsque la loi impose un sursis à statuer, il ne soit plus possible de le soulever devant le juge du fond en raison de l'irrecevabilité prévue par l'article 771 du nouveau code de procédure civile, alors que cela ne sera pas le cas lorsque le sursis n'est que facultatif ? Dans la mesure où la mise en état doit permettre de trancher tous les « incidents » qui sont étrangers au fond de l'affaire, ne conviendrait-il pas que le juge de la mise en état soit compétent quelle que soit la cause du sursis ?

## B - Les spécificités de la mise en état en appel

### 1 - Pouvoirs du conseiller de la mise en état

La mise en oeuvre des dispositions de l'article 771 du nouveau code de procédure civile, par renvoi de l'article 910 du même code, n'est pas sans soulever des difficultés, et accrédi-





l'idée selon laquelle le législateur devrait instaurer une procédure spécifique à l'instance d'appel. La Cour de cassation, interrogée sur l'étendue de la compétence du conseiller de la mise en état, a rendu un avis précisant que ce magistrat n'est compétent que pour les exceptions de procédure et incidents relatifs à l'instance d'appel, et non relatifs à la première instance (avis n° 0070007P, 2 avr. 2007, D. 2007. AJ. 1208, obs. V. Avena-Robardet ).

Lorsque les parties ont comparu en première instance, cette solution est logique et équitable, les parties ayant été informées qu'elles sont irrecevables à soulever ces moyens après le dessaisissement du juge de la mise en état (art. 771 NCPC). Mais, en cas de défaut de comparution en première instance, la question peut se poser de savoir si l'exception de procédure ou l'incident ne devrait pas pouvoir être soulevé, pour la première fois, devant le conseiller de la mise en état : l'avis du 2 avril l'interdit, et on peut sérieusement se demander s'il ne s'agit pas là d'une entrave substantielle au droit d'être entendu par un juge pour le non comparant.

### 2 - Recours contre les ordonnances du conseiller de la mise en état

L'avis du 2 avril 2007, (**Cass., avis, 2 avr. 2007, n° 0070006P**, D. 2007. AJ. 1207, obs. V. Avena-Robardet) décide que l'ordonnance du conseiller de la mise en état qui déclare l'appel recevable n'est pas susceptible d'être déférée à la cour d'appel dès lors qu'elle ne met pas fin à l'instance. L'article 914 du nouveau code de procédure civile doit donc être interprété strictement : les termes visant les ordonnances qui « *statuent sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance* » concernent les ordonnances qui ont statué sur le moyen et mis effectivement fin à l'instance. Si le conseiller déclare l'appel recevable, il ne met pas fin à l'instance, et l'ordonnance n'est susceptible d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond. En sera-t-il de même pour les ordonnances du juge de la mise en état qui « *statuent sur un incident mettant fin à l'instance* » (art. 776 NCPC), ce qui signifierait que l'appel n'est recevable dans les quinze jours de la signification que si le juge de la mise en état a effectivement mis fin à l'instance et non s'il a statué sur l'incident pour le rejeter ?

### 3 - L'abandon des prétentions non reprises

L'abandon des moyens et prétentions non repris dans les dernières conclusions (art. 753 et 954 NCPC) est une sanction automatique (Com. 13 févr. 2007, D. 2007. AJ. 654, obs. X. Delpech  ; JCP 2007. IV. 1574), mais n'est pas toujours absolu. La Cour de cassation (**Civ. 1re, 13 févr. 2007, n° 05-21.227**, Procédures 2007, Comm. n° 78, obs. R. Perrot) a réaffirmé qu'un aveu judiciaire contenu dans des conclusions de première instance non reprises en appel dans les dernières écritures n'est pas réputé abandonné. Comme l'article 1356 du code civil n'autorise la révocation de l'aveu judiciaire que s'il a été la suite d'une erreur de fait prouvée, la présomption d'abandon ne peut pas jouer (V. déjà, Civ. 1re, 20 mai 2003, Bull. civ. I, n° 117 ; D. 2003. IR. 1547  ; RTD civ. 2003. 543, obs. R. Perrot  ; *ibid.* 2004. 293, obs. obs. J. Mestre et B. Fages .

#### Mots clés :

PROCEDURE CIVILE \* Panorama 2007